

【研究ノート】

児童虐待とカナダ刑法43条

岡本昌子

社会安全・警察学研究所 所員
京都産業大学法学部 教授

I 序

児童虐待か、しつけ行為か。親がわが子を懲戒行為として叩いた場合、構成要件上は暴行罪に該当するが、それが民法822条に基づく相当な懲戒であるとして刑法35条の正当行為と認められれば、違法性が阻却され、暴行罪は成立しない。つまり、我が国では、親が子供に対して有形力を行使した場合、それが刑法35条の正当行為にあたれば罰せられないわけであるが、講壇上ではこのように簡単に説明できるものの、実際の事案についてこの判断を行うことは難しい。

この点に関して世界に目を向けてみると、カナダは、暴行罪で起訴された場合の抗弁として、親（親の立場にある者を含む）や教師が子供・生徒に対して矯正として行使した有形力が当該状況において合理的であれば正当化されるとする抗弁規定を刑法典に定めている。そこではどのような判断がなされているのか、同抗弁により正当化される具体的な範囲はどこまでなのか。さらに、本抗弁規定、カナダ刑法43条をめぐっては、削除を求める法案が繰り返し国会に提出されており、この法改正議論の考察から本条のような抗弁規定の意義と包含する問題点が見えてくるのではないかと考える。カナダは我が国とは異なる英米法体系に属するものの、同国におけるこれらの点に関する考察は我が国における児童虐待と正当行為との限界に関する議論に有益な示唆を与えると考える。

そこで、本稿では、カナダ刑法43条に関して、主に刑法解釈学の観点から考察することとする。

II 暴行罪に対する抗弁としてのカナダ刑法43条

1 本条の法制史

カナダでは、同国初の刑法典である1892年刑法典から継続して、現行刑法典（R.S.C. 1985, c. C-46.）43条と同趣旨の条文を置いている。その間に改正された点は、①条文の見出しが、1892年刑法典55条では「未成年者の懲戒（Discipline of minors）」となっていたところを、1906年刑法典からは「有形力による児童の矯正（Correction¹ of child by force）」としたこと、②1953-54年刑法典から、主体が「親、親の立場にある者、男性教師（schoolmaster）、親方（master）」から「教師（schoolteacher）、親、親の立場にある者」に限定され、これに伴い、客体から「徒弟（apprentice）」が削除されたこと、そして、「当該状況において合理的な有形力」という文言が「当該状況において合理的なものを超えない有形力」に

¹ correctionの訳については、我が国の35条との関係からは懲戒と訳す方がわかりやすいかもしれないが、disciplineと区別するために本稿では矯正と訳すこととする。もっとも、概説書や報告書等においてcorrectionとdisciplineが同義に用いられていたり、chastisementと言い換えられている場合もある。また、本条について検討した法律常任委員会の報告書を見た限りでは、議員の間においてもcorrectionの意味について必ずしも見解が一致しているわけではない。

改正されたことである²。もっとも、①の点については、見出しは変わったものの、1892年刑法典の文言は現行規定と同じ「by way of correction」であり、主体から親方が削除された以外、実質的には変化していないと解されている³。

本条の起源は、ローマ法まで遡るとされ⁴、その後のイギリスのコモン・ローの見解を反映しているとされる⁵。ブラックストーン (Blackstone) によると、父親に子供を売る権利を認めていたような古代ローマ法より「英国の法律による親の権力は大変穏健なものである。しかし、依然として子供に規律を守らせ、服従させるに十分な⁶」ものであり、それは、「子供を養育し、教育する親としての義務に由来する『権利』であり、部分的には、親が自身の義務をより効果的に実行することを可能ならしめるためであり、そして部分的には、その忠実な履行における親への配慮とトラブルに対する補償として⁷」イギリスのコモン・ローに加えられたとされる。

これらの法的な起源とは別に、親・教師の子供・生徒に対する体罰 (身体的懲罰) が神聖な権限とみなされてきたという側面もあるとされている⁸。その表れに、裁判官の中には依然として本抗弁の適法性は聖書に由来すると考えている者がいると指摘されており⁹、後述の法改正をめぐる議論でも宗教観との関係が指摘されている。

カナダでは、これらを背景に、家父長制や師弟関係からベルトやロープ等の道具を用いて体罰を加えたり、従わせるために叩いたりすることがかつては受け入れられており、本条は、その名残であるとされる¹⁰。その後、社会の考え方が変化し、それを反映して、親方が徒弟を叩くことは許されないとして、先述のように主体から親方が削除された¹¹。

しかし、親や教師に対しては、現在も、一定の範囲で子供や生徒に対する有形力の行使を本条は認めている¹²。なぜ親や教師以外の被告人では暴行罪となる行為が親や教師が行った場合には許されるのか、その根本的な根拠については必ずしも明らかにされていないと学者は指摘しており¹³、後述の法改正議論へとつながることとなる。

2 本条の抗弁が認められる範囲

(1) 二つの最高裁判例

本条に関する初めての最高裁判例¹⁴であり、リーディングケースとされるのが、オグ・モス (Ogg-Moss) ケース¹⁵である。ディクソン (Dixon) 裁判官は、社会における重要な権利の一つが身体の安全性又は完全性を同意なく侵害されないという

² Gary P Rodrigues, *Crankshaw's Criminal Code of Canada Legislative Histories, Criminal Code S. 43, R.S.C. 1985*, Online: WestlawNex Canada (accessed 2018).

³ Laura Barnett, *The "Spanking" Law: Section 43 of the Criminal Code*, 2016, at p.1.

⁴ Mark Carter, *The Corrective Force Defence (Section 43) and Sexual Assault*, 6 Can. Crim. L. Rev. 35, 2001, at p.38; Ann McGillivray, *Child Physical Assault: Law, Equality and Intervention*, 30 Man. L. J. 133, 2004, at p.137.

⁵ Don Stuart, *Canadian Criminal Law*, 7th ed., 2014, at p.546.

⁶ McGillivray, op. cit. note 4, at p.136. See also Carter, op. cit. note 4, at pp.38-39.

⁷ McGillivray, op. cit. note 4, at p.138.

⁸ Carter, op. cit. note 4, at p.39.

⁹ Carter, op. cit. note 4, at p.39 and note 10.

¹⁰ Morris Manning, Q.C. & Peter Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed., 2015, at p.1000.

¹¹ Department of Justice, *The Criminal Law and Managing Children's Behaviour*, <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/fv-vf/mcb-cce/index.html> (accessed 2018).

¹² もっとも、教育委員会は生徒を懲戒するために叩いたり、定規等の物を用いたりすることを禁止し (Department of Justice, op. cit. note 11)、後述のカナダ法律委員会は教師を本条の主体から削除する提案をしている。

¹³ Stuart, op. cit. note 5, at p.549.

¹⁴ McGillivray, op. cit. note 4, at p.139.

¹⁵ R. v. Ogg-Moss, [1984] 2 S.C.R. 173 (S.C.C.).

個人の権利であり、そのような侵害から社会の構成員を守ることが刑法の中心的な目的であるとした上で、本条は有形力の行使を無罪とするものであり、それは、一方を保護すると同時に、他方を刑法的保護から移動させる、つまり、先の権利を奪うということであるという点に注意すべきであるとし、従って、「本条は厳格に解釈されなければならない¹⁶⁾」と判示した。そして、本条の適用においては、矯正が意図されていなければならない、本条は児童への教育のためだけに用いられた有形力の行使を認めるものであるとした¹⁷⁾。

このように、最高裁は、本条を制限された抗弁として厳格な構造とすべく努め、刑法典に本条の文言である教師、親、生徒、子供の定義条文がないことから、本ケースでこれらの文言を定義している。例えば、本条の「子供 (child)」とは、「一般的用語法において、そして法的コンセプトとして、『子供』には二つの主要な意味がある。一つは暦年齢を指し、『大人』という用語に対するものである。もう一つは、血筋を指し、『親』という用語と相互的なものである。前者の意味における子供は、コモン・ローで14歳未満の者と定義されている。この定義は制定法規定により変更してもよい¹⁸⁾」と定義している。本件は、21歳の精神障害者がミルクをこぼしたことを懲罰するため、精神障害者施設のカウンセラー¹⁹⁾が同人の額を金属製のスプーンで5回叩いたという事案であったことから、最高裁は、「子供のような (childlike)」特徴を有していたとしても成人年齢を超えていた場合は本条の「子供」には含まれないとし、そして、客体は矯正から学習する能力を有する者でなければならないとした。

オグ・モス・ケースから20年後に下された二つ目の最高裁判例が、カナディアン・ファウンデーション・フォ・チルドレン・ユース・アンド・ザ・ロー・ケース (Canadian Foundation for Children, Youth & the Law)²⁰⁾ (以下、カナディアン・ファウンデーション・ケースと略称する。) である。本ケースでは、本条の合憲性が争われたのであるが、違憲ではないという結論に至る過程で²¹⁾ 本条の抗弁が認められる範囲について具体的な指針を示した最高裁判例として重視されている²²⁾。

どのような場合に、本条の抗弁の適用が認められる「合理的な有形力の行使」といえるのか。最高裁の判示した内容を以下のようにまとめることができる。

一つは、教育的又は矯正の目的で行うことを要するという点である。このことから、子供が学習することを手助けするためだけに有形力を用いることが許され、怒りや苛立ちから有形力を用いてはならないという点、そして、子供が当該行為から学習する能力を有していることを要するという点が導かれている。また、子供が当該行為を行っている時に矯正しなければならないとする。

そして、一時的(transitory)かつ取るに足らない(trifling)、軽度の身体に対する有形力のみ許されるという点である。従って、例えば、数時間あざが残る程強く叩いたり、平手打ちしたりしたような場合は、合理的な有形力とはみなされないであろうとする。

以上の点から、最高裁は、本条の抗弁を主張できない場合として、a物 (物差し、ベルト等) を用いた暴行や身体に損

¹⁶⁾ R. v. Ogg-Moss, op. cit. note 15, at [23]. See also Eric Colvin and Sanjeev Anand, *Principles of Criminal Law*, 3rd ed., 2007, at p.331.

¹⁷⁾ Stuart, op. cit. note 5, at p.547; David Watt and Michelle Fuerst, *The 2019 Annotated Tremear's Criminal Code*, 2018, at p.107.

¹⁸⁾ R. v. Ogg-Moss, op. cit. note 15, at [26]. なお、Young Offenders Act § 2(1)に「child」と「parent」の定義条文があるが、それらは同法の目的のためのものであり、その定義が本条に準用されるかは疑わしいとされる (Watt and Fuerst, op. cit. note 17, at p.108)。

¹⁹⁾ このような施設のカウンセラーは、育児義務を有する者でも、親から親権を委託された者でもなく、主体に含まれないと判示している (R. v. Ogg-Moss, op. cit. note 15, at [44])。

²⁰⁾ Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 S.C.R. 76 (S.C.C.).

²¹⁾ Steve Coughlan, Gerry Ferguson, Lee Seshagiri, *Annual Review of Criminal Law 2004, Chapter 1 — Substantive Criminal Law*, at 11, Online: WestlawNex Canada (accessed 2018).

²²⁾ 司法省は、児童に対する「暴行に関する現在の法を理解するのに役立つ最高裁の判断」として本判例を紹介している (Department of Justice, op. cit. note 11)。

傷を生じさせた暴行、頭部への複数回の殴打、b矯正から学習する能力のない子供に対する有形力の行使、c自尊心を傷つける非人道的又は有害な（harmful²³）行為を挙げている。bの点から2歳未満の子供に対する有形力は認められないとされ、上限については、ティーンエイジャーに対する体罰（身体的懲罰）は攻撃的又は反社会的な行為を惹き起こし得るので有害であるとしている^{24,25}。

（2）裁判所による本条の解釈

以上、最高裁判例を概観したが、本条に関する判例法を本条の文言に沿って整理、考察していこう。本条は、子供・生徒への有形力が矯正として行われていること、そして、当該状況において合理的な有形力であることという2つの要件を掲げている。

「矯正として行われていること」という要件は、本条が教育的²⁶又は矯正の目的を有する有形力、抑制、コントロール又は子供の行為に対し多少の象徴的な非難を示すことを意図した有形力のみを保護するということ、そして、当該児童が矯正を自身の利益とし得る能力を有していなければならないということの意味している²⁷。前者から、苛立ちや立腹から行った場合や親の虐待的な性格から行っていた場合は同条による正当化の範囲外となる²⁸。ただし、これは、親が怒っていたということだけで本条の抗弁に依拠する権利を必ず剥奪されるであろうということの意味しているわけではない。親が子供を懲罰する際、私情を離れ、落ち着いた状態で行うことを想定することは非現実的であり、ここで重要なのは、親が狼狽していたり、取り乱していたり、苛立っていたり、怒っていたかどうかではなく、親が自身の怒り又は感情をコントロールしていたかどうかである²⁹。

もっとも、裁判所は、矯正のためとはいえない場合にもこれを拡張解釈して本条の抗弁を認めていると指摘されている³⁰。その例が、モロー（Morrow）ケース³¹である。本事案は、児童のバスドライバーが、障害者のための特別なケアが必要な児童がコントロールを失い、バスに乗っている他の児童に対する危険を惹き起こしていたことから最終的に同児童を拘束したというものであった。裁判所は、被告人は同児童の矯正に関してそのような合理的な処置を取る権限を有していたとして無罪としたが、本ケースに対しては、（結論自体は十分合理的と思われるものの）これは本条のケースではなく、被告人は（本ケース当時の刑法典における正当防衛に関する規定の一つである）旧35条を主張すべきであったとの指摘がなされている³²。

「当該状況において合理的な有形力であること」という要件については、「合理的な」という文言から、本条の規定は曖昧であるとの批判を受けてきたが、カナディアン・ファウンデーション・ケースの多数意見が指摘するように、「合理

²³ もっとも、何が「有害（harmful）」であるかについては定義されないままとなっていると指摘されている（Manning & Sankoff, op. cit. note 10, at p.1002 note 151）。

²⁴ Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [23]-[25], [37], [40]. See also Barnett, op. cit. note 3, at p.2.

²⁵ 一方、教師による体罰については、それ自体は合理的な有形力とは認められないが、教師が教室から生徒を移動させるために又は指示により服従を確実にするために生徒に対して有形力を用いることは許されるとしている（Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [38], [40]）。

²⁶ See R. v. Poulin, [2002] P.E.I.J. No. 88, 7 C.R. (6th) 369.

²⁷ Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [24]-[25].

²⁸ Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [24], [40]; R. v. Sinclair, [2008] 7 W.W.R. 286 (Man. C.A.), at [33]-[38]. See also David Rose, *Snow's Annotated Criminal Code*, 2008, Rel. 3, at 1-35.

²⁹ Manning & Sankoff, op. cit. note 10, at p.1001 note 144; R. v. I. (T.), [2003] O.J. No.5940 (Ont. C.J.), at [23].

³⁰ Manning & Sankoff, op. cit. note 10, at p.1001 note 143.

³¹ R. v. Morrow, [2009] A.J. No.465, 471 A.R. 177 (Alta. Prov. Ct.).

³² Manning & Sankoff, op. cit. note 10, at p.1001 note 143.

性」という基準自体はカナダ刑法典で一般に用いられている基準である³³。

合理的な有形力であるかどうかはどのように判断されるのか。判例法は、本条の「合理的な有形力」とは（刑法典における他の合理性テスト同様）客観的基準であるとし、カナディアン・ファウンデーション・ケースは、「何が合理的であるかという点に関する各々の主観的な見解を裁判官や法執行官が適用することは間違っている。同テストは客観的なものである³⁴」と判示している。主観的基準を適用した具体例として挙げられるのが、エス（S.(S.)) ケース³⁵である。これは、自車中で大変行儀が悪かった6歳のわが子がそれを止めるのを拒んだため、被告人である父親が駐車場において車外に出て膝の上に子供を置き、服の上から叩き、それを目撃した人が警察に通報するまで叩き続けていたという事案であったが、上訴審裁判官は、事実審裁判官の「叩く行為は見知らぬ人が警察に通報するまで継続されるべきではない」という判断は「目撃者に有罪か無罪かの判断を託すことにより、主観的基準を誤って適用した」として一部再審を命じている。

そして、有形力の合理性は、前後関係³⁶、そしてケースにおけるすべての状況を考慮して判断されなければならない³⁷、デュペロン（Dupperon）ケース³⁸は、判断する際の考慮要素として、行為の性質、児童の年齢と特徴、当該児童に対して予想される懲罰の効果、当該懲罰の重大性の程度、懲罰が加えられた状況、（もし被っているなら被った）負傷を挙げている³⁹。

ところで、カナディアン・ファウンデーション・ケースは、先に述べたように、児童に対して許される合理的な身体への懲罰は一時的かつ取るに足らない軽度な有形力の行使のみである等とし、本抗弁を「狭めた（narrowed）⁴⁰」と一般に評されている⁴¹。その後、同ケースで示された先述の判断要素（基準）を踏襲する下級審判例⁴²が下される一方、それらの判断要素（基準）を形式的には満たさないにもかかわらず本条の抗弁を認め、同ケースとの整合性が疑わしい下級審判例も

³³ Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [36]. Stuart, op. cit. note 5, at p.548. 第39回国会の法律常任委員会に招聘されたラポウィッチ（Lapowich）弁護士も、「合理性は、刑法において見慣れたなコンセプトであり、よく用いられる（Joan Fraser and the others, Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, Issue No.18, First and second meetings on: Bill S-209, An Act to amend the Criminal Code (protection of children), 39 Parliament Second Session, May 14, May 15, 2008, at pp.57-58）」と述べている。

³⁴ Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [36], [40].

³⁵ R. v. S.(S.) (2011), NBCA 75, 277 C.C.C. (3rd)169 (N.B. C.A.); Gary P Rodrigues, *Crankshaw's Criminal Code of Canada Case Law Digests*, Criminal Code S. 43, R.S.C. 1985, at 43 § 1, Online: WestlawNex Canada (accessed 2018).

³⁶ R. v. Petit (2013), QCCA 761 (Que. C.A.); John L Gibson & Henry Waldock, *Canadian Criminal Code Offences*, chapter 6(D) at (c), Online: WestlawNex Canada (accessed 2018).

³⁷ 裁判官は、説示において、各暴行行為を取り巻く実際の状況に陪審員の意識を向けさせることが適切であるとされる。R. v. Halcrow (1993), 80 C.C.C. (3rd) 320 (B.C. C.A.)は、11年又はそれ以上前に起こった事案の場合、行使された有形力がやり過ぎていたかどうかという判断は、今日の体罰に対する嫌悪の証拠に影響されてはならないとしている。もっとも、このような説示をすることを怠ったとしても、それは再審事由とはならないとされる（Rodrigues, op. cit. note 35, at 43 § 1）。

³⁸ R. v. Dupperon [1984] S.J. No. 939, [1985] 2 W.W.R. 369 (Sask. C.A.).

³⁹ See also R. v. Halcrow, op. cit. note 37.

⁴⁰ Raynell Andreychuk and others, *Final Report of the Standing Senate Committee on Human Rights, Children: The Silenced Citizens*, 2007, at p.63.

⁴¹ Kent Roach, *Criminal Law*, 6th ed., 2015, at p.359; Manning & Sankoff, op. cit. note 10, at p.1001; Colvin and Anand, op. cit. note 16, at p.332; Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.28 (Senator Joyal's speech); Debates of the Senate (Hansard), 2nd Session, 39th Parliament, Volume 144, Issue 71, June 17, 2008, at p.1602 (Senator Cochrane's speech); Debates of the Senate (Hansard), 1st Session, 42nd Parliament, Volume 150, Issue 10, February 2, 2016, at p.191 (Senator Payatte's speech).

⁴² 踏襲した例として、被害者が被った負傷は一時的又は取るに足らない軽微なものではなかったとして有罪判決を下したエフ・ケース（R. v. F. (T.) 2016 BCPC 6, [2016] B.C.W.L.D. 1208, 27 C.R. (7th) 66 (B.C. Prov. Ct.))、怒りから有形力を用いてはならないとしたシンクレア・ケース（Sinclair, op. cit. note 28）、孫娘6歳を12時間以上、暖房されておらず、施錠された粗末な部屋に監禁したケースについて、自尊心を傷つけ、非人道的で有害であったとして有罪判決を下したボテウノウ・ケース（R. v. Bottineau, 2011 ONCA 194, [2011] O.J. No. 1042, 269 C.C.C. (3rd) 227 (Ont. C.A.)等が挙げられる。

下されている。例えば、物を用いていたケースやあざが残る程強く叩いたケースを合理的な懲罰だとした判例も見受けられる⁴³。そもそも、カナディアン・ファウンデーション・ケースの多数意見が示した先の諸要素（基準）については、同ケースの反対意見が、条文の文言又は判例からは容易に見いだせないものがあると批判しており⁴⁴、学者からも、裁判官により恣意的に境界線が引かれ、「多数意見の基準は疑念に満ちている⁴⁵」との批判がなされている。

もっとも、一見したところ同ケースと整合しないように思えるものの中には、同ケースの理論を発展させることで整合性を保っているものもあり、それらを考察してみると、裁判所がどのように本条の抗弁を捉えているのかが見えてくる。先のaの観点からは被告人が子供を負傷させていたかどうかはネックとなるものの、裁判所は負傷させていたとしても前後関係から抗弁を認め得る場合があることを認めている。例えば、6歳の娘が叫ぶのを止めることを拒否したので、1～2週間の治療を要する程の手形を残すに十分な程強く、2度平手で尻を叩いたという事案について、裁判所は、子供をいさめながら行われ、その後、なだめと説明を伴っていたことから、同有形力は明らかに矯正のために行使されたとして本条の抗弁の適用を認めている⁴⁶。bから導かれた許容年齢についても、上限年齢を超えるわが子に対するケースで本条の適用を認めているケースがある。法改正議論においても焦点となったスワン（Swan）ケース⁴⁷は、15歳の娘に対する有形力の行使について本条の適用を認めている。本件は、以下のような事案であった。反抗的な15歳の娘は家出した過去があり、両親は、薬物を使用し、娘との接近禁止命令も出されていた彼氏との関係を心配していた。娘は、親の指示に反して彼氏に会いにパーティーへ向かったことから、被告人である親は娘を捜しに行き、彼女と一緒に家に帰ることを拒否した際、彼女の腕を掴み、自分のトラックへ乱暴に押し入れた。このような事案に対してオンタリオ州の第一審は、娘の年齢を理由に本条の適用を否定したが⁴⁸、上訴審は、同年齢への懲戒にも本条は適用されるとした。その理由において、裁判所は、カナディアン・ファウンデーション・ケースをひも解いている。同裁判所は、「最高裁は、保護されるべき子供の権利と、矯正と懲罰を行う親又は権威者の責務との間のバランスを慎重にとることで権威者や家族へのサポートを提供した⁴⁹」とし、同ケースの多数意見を次のように説明している。「43条は『子供の実際の行為に取り組む有形力、そして抑制、コントロール又は子供の行為に対し多少の象徴的な非難を示すことを意図された有形力の、道理に基づいた使用』のみを保護している。カナディアン・ファウンデーション（ケース、筆者註）は、合理的であれば、手に負えないティーンエージャーを抑制することを親又は権威者は禁止されているとする見解に立っているわけではない。43条で描かれている矯正のコンセプトはスパンキング又は身体への懲罰よりも広いものである。矯正は、身体への懲罰に限定されておらず、矯正的抑制（corrective restraint）も含むものとする⁵⁰」。このように解した同裁判所は、本条は親によるティーンエージャーへの体罰は認めないが、手に負えないティーンエージャーを抑制又はコントロールすることは認めているとし、本件被告人が有形力を行使した目的は安全な環境に娘を戻すことであり、従って、それは「矯正として」行われたものであり、そのような極端な状況では矯正的抑制としての有形力の行使は合理的であるとして、同条の抗弁の適用を認めている。

⁴³ Stuart, op. cit. note 5, at p.549 at note 320.

⁴⁴ Colvin and Anand, op. cit. note 16, at p.332.

⁴⁵ Stuart, op. cit. note 5, at p.549.

⁴⁶ R. v. A. (M.), 2011 ONCJ 91 (CanLII) (Ont. C.J.).

⁴⁷ R. v. Swan [2008] O.J. No. 975, 58 C.R. (6th) 126 (Ont. S.C.J.).

⁴⁸ もっとも、親である被告人に同情を示し、条件付きの免責としている。

⁴⁹ R. v. Swan, op. cit. note 47, at [17].

⁵⁰ R. v. Swan, op. cit. note 47, at [14], [15].

Ⅲ カナダ刑法43条に関するパブリックオピニオンとリサーチ

それでは、カナダの国民は本抗弁についてどのように考えているのであろうか。2003年に、「刑法典43条に関する全国意識調査（National Survey of Canadians' Attitudes on Section 43 of the Criminal Code）」が実施されている⁵¹。同調査は、2003年8月14日から28日にかけて、18歳以上に対する電話によるインタビュー調査の方式で行われたものであるが、「刑法典は大人に対する体罰をもはや認めていないが、刑法典43条は教師と親による児童への体罰を認めている。本条は、懲罰が合理的で矯正のためであると裁判所が判断した場合、暴行の訴追への抗弁を提供する。裁判所が合理的だとみなした体罰の最近の例には、激しい殴打、頭と顔への平手打ち、ベルトや棒での尻や足への殴打も含まれる」という序文が読み上げられた後に質問に回答するという形で実施されている。

調査結果をみると、教師に関して本条を削除すべきとする意見が69%であるのに対して、親に関して削除すべきとする意見はそれより少ない51%（34歳以下、35～54歳、55歳以上に三分割した年齢別調査⁵²によると、35～54歳ではさらに少ない48%）となっている。本条の削除に強く賛成しなかった人も、①マイナーな平手打ち又はスパンキングの訴追を防止するためにガイドラインが作られた場合は60%が削除に賛成、②体罰には効果がなく、潜在的に有害であるとリサーチが証明した場合は60%が削除に賛成、③本条の削除により虐待が減少するとリサーチが証明した場合は71%が削除に賛成と回答している。年齢別、性別、地域別、学歴別、子供の有無別調査もなされているが、いずれの調査でも、これらの条件が加わると本条削除に賛成する人の比率が上昇している。

本調査報告書は、調査結果を以下のようにまとめている。本調査は、教師と親について本条を終了させることへの支持を示しており、総体的に、女性、若い大人、生徒、ケベックとアトランティックの住民ではより大多数が本条終了を支持しており、先の①②③の条件が加わると賛成数が増える。そして、若い世代における意識の変化、具体的には、児童も危害から保護される権利を平等に享受するということを意識し、児童への体罰に反対の姿勢を示す方向にシフトしていることを示唆している⁵³。このように調査報告書は結果を報告しているが、本調査の序文に着目すると、最後の一文を聞いた後に回答すれば本条削除に賛成する立場が多くなることは想像に難くないように思われ、逆に、それでも本条削除に反対する国民がいるということから同国に親の懲戒権を認める文化が根強く存在していることがうかがえよう。その一方で、①②③の条件が加わると本条削除賛成の比率が上がるという点から、歴史的な文化以外の視点から本問題を考察しようとするカナダ人の意識も推察できよう。

その後にもいくつかの調査が行われており、先の調査より少人数のサンプルを使用した2012年実施の調査⁵⁴では、子供へのスパンキングに対して17%が好意的な態度を示し、26%が本条削除に反対という結果が、そして、2016年に実施されたアングス・レイド協会（Angus Reid Institute）による調査⁵⁵では、児童をスパンキングすることは「常に又は通常モラル的に間違いである」と考えている人が57%であるのに対して「常に又は通常モラル的に許容される」と考えている人は32%であるとの調査結果が出ている。

⁵¹ Toronto Public Health, *National Survey of Canadians' Attitudes on Section 43 of the Criminal Code*, 2003.

⁵² Toronto Public Health, op. cit. note 51, at p.3.

⁵³ Toronto Public Health, op. cit. note 51, at p.8.

⁵⁴ Tessa Bell and Elisa Romano, *Opinions about child corporal punishment and influencing factors*, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 27, No. 11, 2011, at pp.2208-2229; Barnett, op. cit. note 3, at note 19

⁵⁵ Angus Reid Institute, *Canadian Opinion Poll*, "Canadians say our moral values are weakening four-to-one over those who say they're getting stronger", 13 Jan. 2016, at p.3; Barnett, op. cit. note 3, at note 20.

また、児童に対する体罰に関しては、医学等の見地からリサーチがなされ⁵⁶、意見表明もなされている。例えば、東部オンタリオ小児科病院によって進められた国家的連携組織が展開した「子供と若者への体罰に関する共同声明⁵⁷」は、幅広いリサーチのレビューに基づき、以下のように結論付けている。一つは、体罰は、子供や若者の育成において何ら有効的な役割を果たさず、リスクのみをもたらすということが説得力ある証拠により証明されているという点、もう一つは、親に対してしつけのための他の方法そしてポジティブなアプローチを展開することが強く勧められるべきであるという点である。同声明は、現在、500以上のカナダの病院の小児科医師と児童を扱う組織が署名しており⁵⁸、このような医学的所見は後述するように本条削除法案の根拠の一つとなっている。

その一方で、これらの医学的リサーチに対しては批判もある。例えば、身体への懲罰（体罰）のネガティブな影響に関するリサーチは、身体への懲罰と身体への虐待とを適切に区分していないとする批判や、同リサーチはネガティブな帰結が実際に体罰によって生じているものなのかを判断することはできないとする批判である⁵⁹。

IV カナダ刑法43条をめぐる法改正議論⁶⁰

1 カナダ法律委員会（Law Commission of Canada）の法改正案

本条をめぐるのは、長年にわたり本条を削除すべきとする法改正の主張がなされてきた。カナダ法律委員会（旧カナダ法改正委員会）は、1984年に本条の改正案を報告している。先に述べたように、本条は主体に教師を含んでいるが、親から許可を明示されている場合を除き、教師を主体から削除すべきとする点では同委員会は意見の一致をみたものの、親については見解が分かれ、本条を維持しつつ次のように改正すべきとする多数意見と本条の抗弁を廃止すべきとする少数意見とに分かれている⁶¹。まず、条の見出しについて、現行法43条は「権威下の者の保護（Protection of Person in Authority）」という章の中に規定され、条の見出しは「有形力による児童の矯正（correction of child by force）」となっているが、改正案はこれを「児童への権威（Authority over Children）」としている。そして、現行法の「正当化される（is justified）」という文言を「責任を負わない（No one is liable who, ~）」とし、さらに、「生徒又は児童への矯正としての有形力の行使」と規定しているところを「自分の保護監督下にある18歳未満に対する権威の合理的な実践でその者に触れたり、傷つけたり、傷つけると脅したり」した場合に責任を負わないという具体的な文言とすることを提案している。

これに対し、少数意見は、本条の抗弁を存続させれば、子供は自分達が個人の完全な安全性と平等な法的保護に値しない存在として切り離されると感じるであろうとして本条の削除を主張したが、多数意見は、全ての軽微な平手打ち又はスパンキングについて家庭への法執行の介入を防ぐために本条を存続させるべきだとしている⁶²。

⁵⁶ See Barnett, op. cit. note 3, at note 23.

⁵⁷ Durrant, J. E., Ensom, R., and Coalition on Physical Punishment on Children and Youth, *Joint Statement on Physical Punishment of Children and Youth*, 2004; Stuart, op. cit. note 5, at p.550; Barnett, op. cit. note 3, at note 21.

⁵⁸ Stuart, op. cit. note 5, at p.550; Barnett, op. cit. note 3, at p.5.

⁵⁹ Barnett, op. cit. note 3, at pp.5-6.

⁶⁰ 「州・準州の中には、教育と児童保護を管轄する立法機関により、既に学校・児童ケア施設、里親ケアにおける体罰を明示的に禁止している州もある。ケベック州は、1994年に民法から「矯正の権利」への言及を削除している（Barnett, op. cit. note 3, at p.5）」。
しかし、これらは州法レベルであり、ここでは、連邦法である刑法典43条に関する法改正議論について考察する。

⁶¹ Law Reform Commission of Canada, *Recodifying criminal law*, 1984, at p.40. なお、同じ章に規定されている船長に関する抗弁規定（44条）の削除も提言している。

⁶² Law Reform Commission of Canada, op. cit. note 61, at p.40; Barnett, op. cit. note 3, at p.3.

2 国会における法改正議論

(1) 概要

2015年12月3日にスタートした現国会（第42回国会）に、議員立法として本条を削除する法案「刑法典の改正に関する法律（スタンダードな育児暴力からの児童の保護）」（S-206）が提出されている⁶³。同法案を提出したPayatte（パヤット）議員は、これまでに何度も本条を削除する法案を提出してきたが、可決するには至らず、今回、再び、見出しの副題を「児童の保護」から先のように変えた以外、同じ内容の法案を提出している。

もっとも、過去を遡ると、上院に法案が提出されるようになってから2度、本条を削除する法案ではなく、文言を改正する法案が審議されている。一つは、第39回国会第2セッション（2007.10.16～2008.9.7）で、第二読会により委託を受けた「法律と憲法問題に関する上院常任委員会（the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs）」（以下、法律常任委員会と略称する。）が当初提出されていた本条削除法案を検討した結果、現行法の文言を改正する法案に修正し、審議が継続された回、もう一つが、第40回国会第2セッション（2009.1.26～2009.12.30）でパヤット議員が同文言改正型の法案を提出し、審議された回である。

そこで、これまでの法案の中で一番審理が進んだ第39回国会第2セッションでの審議と現国会での審議に焦点をおいて本条をめぐる改正議論を考察してみることにしよう。特に、前者については、先のように本条を削除する法案から文言を改正する法案に途中から変更され、そこでは「合理的な有形力」を定義する条文が盛り込まれている点からも考察する意義は大きいといえる。

(2) 第39回国会第2セッションの法案審議

パヤット議員は、法案の目的について、国会にて「刑法典43条を削除することにより子供達を体罰から保護することである⁶⁴」と述べ、そして、法律常任委員会では、刑法の教育的機能を踏まえ、人は一旦犯罪でないと認められるとそれを行う権利があると感じてしまうとして、体罰は許されないというシグナルを送ることが本法案の基礎であると述べている⁶⁵。同国会及び法律常任委員会議事録から本条を削除する法案が提出された根拠をまとめると、①子供に対する暴力はどんなに穏やかなものであっても許されないという明確なサインを与えること、②1991年に批准した「児童の権利に関する条約」に関して2009年までに立法で応じることが求められていること⁶⁶、そして、児童の権利を保護することが世界的なトレンドであること、③本条は女性に対する暴力すら許されていた古い時代の考えに基づく時代錯誤の遺物であり、児童に対する暴力だけが残っていること、④親だけが子供にとって何が善であるかを決定すべきであるという見解があるが、子供を叩くことは親に授けられた権利ではなく、子供は親の所有物ではないということ、⑤子供に暴力を振るうとその子供は暴力的になるという資料が存在することである。

同議員は、「私の考えは、親を処罰することではなく、親がより多くの情報を与えられ、そして教育を施す者として非暴力的な方法で親の役割を果たすことを手助けすることである⁶⁷」と述べ、カナダ社会は、非暴力的な教育とは何か、それをどのように実践するか、なぜそれを実践するのか、子供の発育のために何が役立つのかという点について教育されな

⁶³ トルドー（Trudeau）政権は、2015年に「94の実施命令（the 94 Calls to Action（Truth and Reconciliation Commission of Canada）」）を掲げ、その6番目に本条の削除の履行をうたっており、これを受けて本条を削除する法案が提出されている（Barnett, op. cit. note 3, at p.3）。

⁶⁴ Debates of the Senate (Hansard), 2nd Session, 39th Parliament, Volume 144, Issue 11, November 14, 2007 (Senator Payatte's speech).

⁶⁵ Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.12 and p.18. これに対し、ラボウィッチ弁護士は、たしかに刑法は教育的機能を担うものの、本問題に関する情報提供や教育は他のフォーラムにゆだねる方がより良いと主張している（at p.36）。

⁶⁶ これに対し、カナダにおける全システムから考察すると本条は児童の保護に関する国際規準に適合しているとする見解もある（Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.49 (Mr. Lapowich's speech)）。

⁶⁷ Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.8 (Senator Payatte's speech).

なければならないとして、本条を削除する前に国民に対する1年間の教育期間を設けることを本法案に盛り込んでいる。

本条を削除する法案に対しては、従来から、親に対する多様な訴訟活動の可能性が危惧されてきた。本法律常任委員会でも、この点について議論が繰り返されており、具体例として、本条が削除された場合、本条の抗弁の適用が認められた先述のスワン・ケースのような場合に親が暴行罪に問われる可能性がないかが議論されている⁶⁸。同委員会が招聘したカナダ刑事弁護士会（Canadian Council of Criminal Defence Lawyer）のラボウィッチ（Lapowich）弁護士も、裁判所は暴行について広範な解釈を行ってきたことから（例えば、同意なきいかなる接触も刑法典上の暴行罪にあたり得るとしている。）、本条の抗弁が削除されれば、子供の同意なく有形力を用いた親・教師に対して間違いなく暴行罪の条文が適用されるであろうと指摘している⁶⁹。さらに、同弁護士は、本条が削除された場合、刑事司法制度以外の方がより良く対処するケースで法廷があふれかえるというリスクがあり、限られた資源を深刻なケースにあてられるよう実施されている多くの努力にも反すると指摘する⁷⁰。

これに対し、パヤット議員は、スワン・ケースは子供を守るためになされた行為であり、子供を傷つける意図がないとし、さらに、本条の抗弁が削除されたとしても、他の抗弁、例えば、正当防衛や緊急避難、デ・ミニミス・ノン・クラト・レクス（*de minimis non curat lex*）等により親は保護されると主張している⁷¹。この訴追の危険性について、本法案に賛成のフレイザー（Fraser）議員も、その後の第三読会で、本条文同様の規定を削除した他国でそのような事態は起こっていないことからそのような危惧は正しくないと反論している⁷²。

しかし、本条に代わり緊急避難の抗弁が適用できるとする主張に対して、ラボウィッチ弁護士は、同抗弁は緊急状況でなければ認められず、裁判所によって大変厳格に解釈されてきたとしてその適用の可能性に疑問を呈しており、デ・ミニミスについても、些細でテクニカルな法の違反にのみ適用できるものであり、本条と同様の保護を親に提供しないと指摘している⁷³。さらに、デ・ミニミスは、本条でこれまでに確立されてきた合理性の要件よりも曖昧であり⁷⁴、適用が困難な抗弁であると指摘し、結論として、緊急避難もデ・ミニミスもスワン・ケースへの適用は難しいと同弁護士はみている⁷⁵。

このように、同常任委員会では、カナダの暴行に関する条文が大変広範であることから、想定し得ないケースがあり、本抗弁を削除した場合に空隙ができるのではないかという懸念が強く⁷⁶、この法律問題の検討が十分に尽くされたとはいえない状況で本条を削除することは妥当でないとされた。ところで、本条をめぐるのは、「人権に関する上院常任委員会（the

⁶⁸ 他に、熱いストーブに触れようとする子供の腕を掴むケース、教師については、生徒同士の喧嘩の仲裁ケースや薬物でコントロールを失った生徒が他の生徒を殴ろうとするのを防ぐために捕まえるケース等が挙げられている（同議事録20頁等）。

⁶⁹ Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.35, pp.39-40, p.45.

⁷⁰ Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.36.

⁷¹ Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.30.

⁷² しかし、この他国の例について、アンドレイチャック議員は、児童の権利に関する条約に批准した国を見てみると、それらの国において体罰は異なって定義されていること、体罰を禁止したと説明される国々は刑法典に何らかの例外（抗弁）を規定していることに留意すべきであるとし（第39回国会第2セッション第三読会（前掲註41・1605頁）、ラボウィッチ弁護士は、他国と比較する際、カナダの暴行罪の適用範囲が広範である点に留意すべきであると指摘している（op. cit. note 33, at p.45）。

⁷³ Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.36.

⁷⁴ カナディアン・ファウンデーション・ケースも本抗弁をこのように評している（Don Stuart, J.A.: *Asserting Dogma over Reality*, 84 C.R. (6th) 38, 2011, Online: WestlawNex Canada (accessed 2018)。

⁷⁵ Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.38. スチュワート（Stewart）教授は、そもそもデ・ミニミス・ノン・クラト・レクスの抗弁がカナダで確立しているかどうかという点について疑問視している（Hamish Stewart, *Parents, Children, and the Law of Assault*, 32 Dalhousie L.J. 1, 2009, at p.4）。

⁷⁶ 法律常任委員会同議事録の51頁以下で特にこの点について議論されている。さらに、ラボウィッチ弁護士は、刑法を改正する際は相互に影響しあうことから慎重に行うべきであると主張している（Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.52）。

Standing Senate Committee on Human Rights) (以下、人権常任委員会と略称する。)」が検討を加えた過去があったが、同委員会は(法律問題についてではなく)「児童の権利と自由に関するカナダの国際的責務に関して考察し報告するために委託された⁷⁷⁾」ものであったことから、本条が削除された後に親・教師に適用可能な抗弁の分析を司法省に依頼すること、そして、本条削除のインパクトに関してアボリジニ社会と若者層から意見を聴取することを提案していた⁷⁸⁾。しかし、法律常任委員会は、同分析の大部分は人権常任委員会で行われたとし、さらに、本条類似の条文を削除したニュージーランドが良いモデルになるとの提言もなされたことから、法律常任委員会は、その後、本条の文言を改正する方向で議論を展開し、2つの案が提出された。

一つは、ミルン (Milne) 議員案である。同議員は、①体罰は許されないというシグナルを送ること、②判例法を維持するための最善の文言を用いることという視点から、「矯正として」という文言を削除し、「以下の目的を有する場合にのみ合理的な有形力の行使を正当化される」という構文に改正し、その目的として、「(a)子供又は他人への危害を防止又は縮小化する目的、(b)子供が刑法犯的性質を有する行為に従事すること又は従事し続けることを防止する目的、(c)子供が過度に攻撃的または破壊的な行為に従事すること又は従事し続けることを防止する目的」と列挙した案を提出した⁷⁹⁾。さらに、本案の特徴は、2項において、「1項における『合理的な有形力』とは、当該状況において一時的で最小限度の有形力の使用を意味する。」という定義条文を置いた点である。その文言からわかるように、カナディアン・ファウンデーション・ケースのコンテキストで合理的な有形力を定義することを提案している。もう一つが、アンドレイチャック (Andreychuk) 議員案である。これは、現行法の条文に「身体への懲罰以外」という文言を加え、許されるのは体罰以外の有形力の行使のみであるということを明示する案である⁸⁰⁾。本案は、今後の社会の変化を想定して、裁判所の適応性を広げ、また、人々は様々な価値観を有していることから親に柔軟性を与えようとする点にポイントがある⁸¹⁾。両案には、基本的な哲学的相違があるとの指摘がなされており、それは、ミルン議員案では、子供に対して行えること、そしてそれが行える状況が示されているのに対し、アンドレイチャック議員案では、現行法の「矯正」という文言がそのまま使われており、ミルン議員案に比べて親に自由裁量の余地を与えているという点であるとされる⁸²⁾。

パヤット議員が提出した元々の法案は現行43条の削除であったが、ミルン議員案は、最高裁がカナディアン・ファウンデーション・ケースで示した限定要素、そして、ニュージーランドの経験を踏まえていること⁸³⁾、さらに、「子供を叩いたり、キックしたり、押したりしてよいというイメージを払拭するであろう⁸⁴⁾」と評されたアンドレイチャック議員案の「身体への懲罰⁸⁵⁾以外」という文言が加えられたことから、この修正されたミルン議員案が本委員会から上院に改正案として報告され⁸⁶⁾、第三読会に至った。フレーザー (Fraser) 委員長は、上記(a)~(c)について、「我々は、抗弁の適切な領

⁷⁷⁾ Andreychuk and others, op. cit. note 40, Chapter 1. See also Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.53, p.58 (Senator Andreychuk's speech).

⁷⁸⁾ Joan Fraser and the others, Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, Issue No.21, First and second meetings on: Bill S-209, An Act to amend the Criminal Code (protection of children), 39 Parliament Second Session, June 11, June 12, June 18, 2008, at p.10 (Senator Andreychuk's speech).

⁷⁹⁾ Fraser and the others, op. cit. note 78, at pp.11-12 (Senator Milne's speech).

⁸⁰⁾ Fraser and the others, op. cit. note 78, at p.14 (Senator Andreychuk's speech).

⁸¹⁾ Fraser and the others, op. cit. note 78, at pp.18-19, p.21 (Senator Andreychuk's speech).

⁸²⁾ Fraser and the others, op. cit. note 78, at p.22 (Senator Oliver's speech).

⁸³⁾ Fraser and the others, op. cit. note 78, at p.16 (Senator Joyal's speech).

⁸⁴⁾ Fraser and the others, op. cit. note 78, at p.17 (Senator Carstairs's speech).

⁸⁵⁾ もっとも、体罰(身体への懲罰)の正確な定義づけの必要性は認識しつつも、例えば、同議事録24頁の委員長、コーウェン(Cowan)議員、バーカー(Baker)議員の議論に見られるように、議員間で定義が一致しているわけでは必ずしもない。

⁸⁶⁾ The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, 14th Report, June 12, 2008.

域をカバーするであろうと委員会が確信している3点を並べた⁸⁷」とし、それぞれについて、そして、2項に合理的な有形力の定義条文を置いた理由について以下のように説明している。「(a)・・・これは車道へ飛び出す場合であろう。その子供を抱え上げることで車道に飛び出すことを止めることが許されるであろう。(b)・・・子供の中には、犯罪の性質を有する行動に知らずに又は知っていながら携わっている場合がある。例えば、・・・動物虐待がこのカテゴリーに入るであろう。落書き等の汚損行為もここに含まれるだろうと思う。(c)・・・『過度に (excessibly)』という文言が重要であろう。・・・幼い児童が元気であることを妨げたいと思う者はいないだろう。しかし、若者の動物的精神があふれ出し、純粋に度を越す時がある。例えば、授業を続けられないほど破壊されたなら、同児童をクラスから移動させ、校長室へ急いで連れて行くことは合理的方法であると思われる。我々は、混乱をできる限り少なくし、体罰への裏口からの復活の可能性の余地をできる限り少なくすることを確実にするために、『合理的な有形力』の定義を定めることが大変重要であると考えた⁸⁸」。

（3）第39回国会以降の法案審議、そして現国会での法案審議

修正されたミルン議員案は、その後、第三読会を経て上院を通過し、下院へ移されたが、結果的には、国会閉会に伴い下院の第一読会で審議を終了している。その後、パヤット議員は、第40回第2セッションでこれと同じ改正案を提出したが、第3セッション以降は、本条を完全に削除することが必須であるとして、依然と同様に本条削除法案を繰り返し提出している。同議員は、子育てにおいて暴力を用いることが我が国の社会における暴力の根源となっていることを近年の科学は証明しており、人々の考え方も変化したと主張している。法案賛成派が引き合いに出す科学的リサーチに対しては、Ⅲで述べたような批判が存在するが、法案に反対の議員も同リサーチには懐疑的であり、「例えば、登校拒否の子供を抱え上げずにどうやって登校させられるのか。これはノーマルな日常の責任ある子育てであり、児童虐待ではない。虐待と児童への懲戒を混同すべきではない⁸⁹」と指摘する。そして、「合理的で虐待でない限り、親にはどのようにわが子を懲戒するかを決める自由があるべきである⁹⁰」と反論する。

このように見解が対立したまま、概要で触れたように現国会で再びパヤット議員が本条削除法案を提出している。同議員は、本法案は、①国際社会の要望に応える法案、②科学や医学等500以上のNGO団体の要望に応える法案、③カナディアン・ファウンデーション・ケースで反対意見を述べた3人の最高裁判事の要望に応える法案であると主張する。これらは概ね先と同じ視点からの主張であるが、今回、同議員は本条とカナディアン・ファウンデーション・ケースとの関係について興味深い指摘をしている。同議員は、同ケースは教育的又は矯正的目的のために有形力を行使することを意図していること、そして、児童が矯正から学ぶ能力があることを要件として掲げているが、科学は体罰には児童に対する教育的価値はなく、有害な効果を与える重大な危険をはらんでいるということを証明しており、最高裁が創り出した状況を満たすことは決してできない、つまり、最高裁が設けた制限は本条を空論的な基準にしており、本条が無益であることを証明しているとする。さらに、同ケース以降、本条がいかにかほとんどの親を保護していないかを判例法の分析は示しており、そして、「合理的な」有形力といった場合、それは主観的な表現であることを理解すべきであり、児童を危険にさらすと指摘している⁹¹。

⁸⁷ Debates of the Senate (Hansard), 2nd Session, 39th Parliament, Volume 144, Issue 70, June 16, 2008, at p.1541 (Senator Fraser's speech).

⁸⁸ Op. cit. note 87, at p.1541 (Senator Fraser's speech).

⁸⁹ Debates of the Senate (Hansard), 3rd Session, 40th Parliament, Volume 147, Issue 72, December 1, 2010, at p.1476 (Senator Plett's speech).

⁹⁰ Op. cit. note 89, at p.1478 (Senator Plett's speech). 同議員は、法案に反対するということは、子育ての懲戒としてスパニングセイトと言っているわけではなく、どのように懲戒すべきかを親に教えるべきではなく、責任ある親に選択させるべきであると言っているであると説明している。

⁹¹ Op. cit. note 41 (Volume 150, Issue 10), at p.191 (Senator Payatte's speech).

これに対し、法案反対派は、①親に対する本条の意義、そして、②本条は、カナディアン・ファウンデーション・ケースで文言が解釈され、適用範囲が著しく狭められており、従って、本条が限定された抗弁である点を主張する。論者は、同ケースで最高裁が設定した制限は、「権利と自由に関するカナダ憲章（Canadian Charter of Rights and Freedoms）」（以下、カナダ憲章と略する。）と児童の権利に関する国連の条約の両方に整合するものであり、また、虐待する親から児童を守る一方、責任ある親に自分の子供たちをいかに育て上げるかを選択することを認めており、ベストバランスを描いていると評する⁹²。同論者は、多くのカナダ人は合理的で虐待でない限り親がわが子をどのように懲戒するかを決定する自由を有するべきであるという考えに賛成しているとし、本法案は合理的で責任ある親から厳しく叱る能力を奪い去るということだけでは済まないと指摘する⁹³。そして、これまでの主張同様、本法案はカナダ人の親の大多数を犯罪者化するであろうから、本条は維持されるべきであると主張している⁹⁴。

V 本条の意義とその問題点

以上の考察から、43条に関して様々な問題点が指摘されていることがわかる。そもそも本条については、カナディアン・ファウンデーション・ケースで争われたように、合憲性自体に疑問が呈されている。具体的には、本条が、カナダの憲法の一部を構成する⁹⁵カナダ憲章の7条に定める法的権利について、児童の「生命、自由及び身体の安全」に関する権利を侵害しているのではないか、規定が曖昧であり、広範すぎるのではないか⁹⁶、カナダ憲章12条に定める残虐な刑罰の禁止に抵触するのではないか、カナダ憲章15条に定める平等権について、年齢による差別ではないかという点である。先に触れたようにカナディアン・ファウンデーション・ケースの多数意見はこれらすべてを否定し、合憲であると判断したが、反対意見を述べた裁判官達はこれらの違憲性を指摘している⁹⁷。

さらに、本条については、国際的観点からも問題が指摘されており、IVで述べたように、この点が本条削除法案の中心的根拠の一つを成している。先述のように、カナダは「児童の権利に関する条約」に批准したが、その後も本条を存続させており、国連の委員会から再三本条の削除を勧告されてきたという経緯があり、他の批准国が本条類似の規定を削除していることからカナダも本条を削除し国際的な責務を果たすべきであるというのがこの指摘である⁹⁸。そこで、先の人権常任委員会は、カナダが児童の権利に関する国際的責務を果たす方法を検討し、2007年に研究成果を取りまとめ、結論と

⁹² Debates of the Senate (Hansard), 1st Session, 42nd Parliament, Volume 150, Issue 52, June 17, 2016, at p.1244 (Senator Plett's speech).

⁹³ Op. cit. note 92, at pp.1244-1245 (Senator Plett's speech).

⁹⁴ 現在、2018年5月31日に第二読会を終え、法律と憲法問題に関する上院常任委員会に委託されている状態である（<http://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=E&billId=8063354>）。

⁹⁵ 松井茂記『カナダの憲法—多文化主義の国のかたち』（2012年）23頁以下参照。

⁹⁶ また、この曖昧であるという問題が、親子関係や教師生徒関係の性質という理由だけでなぜ子供・生徒の安全性を否定しうるのかという、カナダ憲章7条の真の問題から注目を逸らせているとの指摘もある（Judith Mosoff and Isabel Grant, *Upholding Corporal Punishment: For Whose Benefit?*, 31 Man. L. J. 177, 2005, at p.178）。

⁹⁷ アーバア（Arbour）裁判官は、本条はカナダ憲章7条と整合せず、違憲といえるほど曖昧であり、それにより児童の安全を侵害すると述べ、デシャン（Deschamps）裁判官は、本条は時代遅れの概念に基づいて身体の安全を考慮し、児童を保護価値の低いものとしてみることを助長しており、カナダ憲章15条に違反していると述べた。ビニー（Binnie）裁判官は、教師についてはカナダ憲章15条に違反するとしたが、親又はその立場にある者についてはカナダ憲章1条の合理的な制限内であるとした。

⁹⁸ Stuart, op. cit. note 5, at p.551. これに対し、カナディアン・ファウンデーション・ケースの多数意見は、本条と同条約との関係について検討を加え、同条約は児童に対する全ての体罰を禁止することを明示的に要求してはいないとしている（Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [33]）。本稿IVも参照のこと。

して本条の削除を推奨している⁹⁹。同報告書では、同条約19条、28条と体罰に関して検討し¹⁰⁰、体罰のネガティブな影響をさらに知るための、そしてポジティブで非暴力的な子供の養育と教育的実践の発展を促進するための国家的キャンペーンに着手することが推奨されている¹⁰¹。そして、国民への教育の必要性が強かうたわれ、同教育は本条が削除されたとしても親が「合理的な懲戒抗弁の喪失を恐れないことを保証するためにも必要である¹⁰²」とし、身体への有形力の行使以外の懲罰方法に関する更なるリサーチも提案されている。

刑法解釈学の観点から指摘されている本条の問題点としてまず挙げられるのは、「合理性」という文言から本条は曖昧であるという点である。もっとも、II 2（2）で述べたように、「合理性」という基準自体はカナダ刑法典で一般的に用いられている基準である。

そして、裁判官のバックグラウンドや親の懲戒権に関する裁判官の私見を色濃く反映したケースが少なからず存在するという点である¹⁰³。最高裁は、カナディアン・ファンデーション・ケースで「多くのケースで、裁判官は、合理性基準の進化した性質を認識することを怠り、時代遅れの合理的な懲戒概念を過度に許可していた。時には、裁判官は、何が合理的な懲戒を構成するかについて、自身の主観的な見解を誤って適用した。裁判官のバックグラウンドが異なるとそれと比例して様々な見解となった¹⁰⁴」と述べている。これにより、本条の下許される合理的な有形力について裁判所の見解には「むらがあり¹⁰⁵」、児童に対する虐待の危険性をはらんでいると指摘されてきたことから、最高裁は、同ケースで正当化される範囲を示すことを試みたのである。もっとも、同ケースで示された厳格な基準が常に忠実に適用される保証はなく¹⁰⁶、現に、あざを残すほど強く叩いたケースに本条の抗弁を認める判決が下される等、同ケース以降の判例の中に同基準を適用していないものが存在していると指摘されている点は先に述べた通りである。

さらに指摘されている点が、正当防衛のような他の典型的な抗弁と異なり、比例性の要件が導入されていないという点である。最高裁は、カナディアン・ファウンデーション・ケースで、児童の悪い行いの重大性に遡及的に焦点を置くことは、矯正的な焦点より懲罰的な焦点を導くので妥当でなく、従って、悪い行いの性質は合理性の判断における重要な要素ではないとし、43条の焦点は、突然引き起こされた出来事の重大さではなく、児童の矯正にあると判示している¹⁰⁷。従って、同判例に従うと、例えば、子供が小競り合いをしていたのか、それとも納屋を燃やしたのかという点は重要ではないということになり、これは根本的な問題であるとの批判がなされている¹⁰⁸。

これらの問題点が指摘される一方、本条は親が合理的な範囲で監護養育義務を果たせることを保証し、法が家庭に不必要に介入することを防ぐという意義があると主張されている。IVで考察したように、法改正議論において、本条を削除した場合の親に対する不必要な刑事制裁や訴追の濫用が懸念されてきた。人権常任委員会は本条削除を推奨したが、同委員会での議論はコモン・ロー上の抗弁や他の適切な条文が存在するということを前提に行われていたと同委員会に属し

⁹⁹ Andreychuk and others, op. cit. note 40, at pp.70-71 (Recommendation 2).

¹⁰⁰ Andreychuk and others, op. cit. note 40, at pp.62-71.

¹⁰¹ Andreychuk and others, op. cit. note 40, at pp.66-68.

¹⁰² Andreychuk and others, op. cit. note 40, at p.69.

¹⁰³ McGillivray, op. cit. note 4, at p.147; Stuart, op. cit. note 5, at p.547.

¹⁰⁴ Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [39].

¹⁰⁵ Manning & Sankoff, op. cit. note 10, at p.1000. See also Colvin and Anand, op. cit. note 16, at p.330.

¹⁰⁶ Stuart, op. cit. note 5, at p.549. この点に関し、本条をカナディアン・ファウンデーション・ケースの裁判長が示した厳格な構造に修正することはできないように思われるとの指摘もなされている（Colvin and Anand, op. cit. note 16, at p.331）。

¹⁰⁷ Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [35], [40].

¹⁰⁸ Stuart, op. cit. note 5, at p.549.

ていた議員が後の国会で答弁している¹⁰⁹。

カナダ刑法典は、暴行の罪について、265条以下に条文を設けており、判例法によると、暴行罪の要件は、①行為者が相手に接触した（touch）こと、②意図的に接触したこと、③相手が接触されることに同意していないこと、④行為者が相手方の同意の欠如に気づいていたこと、同意の欠如に無関心であった又はわざと気づかなかったことであり、特に①と③が重要であるとされる¹¹⁰。つまり、殴る、蹴るだけでなく、触れることも暴行罪とみなされる可能性があり、その広範さがしばしば学者によって指摘されている¹¹¹。暴行罪とならない場合は、相手が同意している場合、そして、43条の抗弁が認められる場合、正当防衛等の制定法上の抗弁並びにコモン・ロー上の抗弁が認められる場合等であり、43条の抗弁が削除された場合、親が暴行罪の訴追にさらされる危険性が増えるのではないかと懸念が法案反対派の根拠の核をなしてきたのである¹¹²。

この点に関して、学者や法案賛成派は、コモン・ロー上の抗弁の適用の可能性を示唆している。その一つが、緊急避難である。しかし、この見解に対しては、緊急避難は、現在の危難又は危険、補充性、法益権衡の3要件を満たさなければならず、大変厳しい抗弁であることから、親が直面する状況において子供への接触が正当と認められるケースの大多数をカバーしないであろう（例えば、子供が道に飛び出そうとするのを引き留めた親には適用できたとしても、子供に対するほとんどの有形力の行使は緊急状況への対応ではないことから現在性の要件が否定されるであろう）と指摘されている¹¹³。次に挙げられるのが、デ・ミニミスの抗弁の可能性である。しかし、本抗弁についても、マイナーな体罰をした親には適用できたとしても、学校における体罰の使用について社会の許容が減少していることを前提とすると、教師に本抗弁を適用することは難しいであろうと指摘されている。さらに、子供は親が保護し養育することについて推定的同意を与えていると捉え、推定的同意の法理を用いる見解も主張されている¹¹⁴。同見解を主張する論者は、先の緊急避難等の抗弁を主張する見解は、刑法犯かどうかという観点より、不当に有罪となるかどうかという観点の方に関心を置いていることを暗示しており、自分の義務を履行している親を保護するのに適していないとし、さらに、推定的同意の法理であれば緊急避難が認められないケースについても抗弁が認められる余地があると主張する¹¹⁵。しかし、同見解に対しても、親が矯正しようとする子供が自分に対して親が有形力を行使することについて同意していると推定することは事実上難しいのではないかと批判がなされている¹¹⁶。これらの抗弁以外に、実務における法執行機関の起訴に関する裁量により親が不必要に訴追されることは予防できるとする見解や、量刑で差をつけることが可能であるとする見解も主張されている¹¹⁷。

¹⁰⁹ Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.58 (Senator Andreychuk's speech).

¹¹⁰ Stewart, op. cit. note 75, at p.5.

¹¹¹ Stewart, op. cit. note 75, at p.2. スチュワート教授は、同意なき接触も暴行罪に当たり得ることから、例えば、子供が道路に飛び出そうとするのを引き留める行為等の育児におけるルーティンワーク自体も暴行罪に当たり得る可能性があるとして指摘する。そして、43条削除に反対の論者は本条を削除することにより親が訴追される危険性が高まると懸念するが、そもそも43条は「矯正として」合理的な範囲の有形力を行使することを認めるものであり、先の飛び出し事例は矯正として有形力を行使しているわけではないことから同抗弁は適用できない事例といえ、43条を削除しようがしまいが、親の育児におけるルーティンワークが暴行罪とならない理論を構築する必要があると主張している。

¹¹² エム・ケース（R. v. M.(W.F.), 1995 ABCA 244, [1995] A.J. No. 754, 169 A.R. 222, 41 C.R. (4th) 330 (Alta C.A.)) が本条は性暴力についても抗弁として機能し得ると判示したことを受けて、より一層本条を削除すべきとする主張もなされている（Carter, op. cit. note 4, at p.35）。

¹¹³ Stewart, op. cit. note 75, at pp.15-16. See also op. cit. note 41 (Volume 144, Issue 71), at p.1602 (Senator Cochrane's speech).

¹¹⁴ Stewart, op. cit. note 75, at p.26.

¹¹⁵ Stewart, op. cit. note 75, at pp.3-4.

¹¹⁶ Op. cit. note 41 (Volume 144, Issue 71), at p.1602 (Senator Cochrane's speech).

¹¹⁷ Barnett, op. cit. note 3, at p.4.

これらの抗弁の適用の可能性を示唆する見解は本条削除に対して懸念されている点は問題とはならないとし、本条を削除する法案を提出してきたわけであるが、本条削除と共に、国民に対する教育の必要性も主張している点は特筆すべきであろう。国会の議事録によると、法案賛成派だけでなく反対派も虐待自体は間違いであるという点では見解が一致していることを繰り返し確認しており、スパンキング以外の子育て方法があることを国民に教えるキャンペーンの必要性を指摘している。

また、本条を削除する法案だけでなく、親の義務を果たせるよう、子供を保護するために合理的な有形力を用いてもよいということを確認する条文に改正する案がかつて提出されていたという点も興味深い。先の訴追に対する懸念と共に削除法案反対派の根拠の核となっているのが、親の養育義務の履行の確保（親の合理的な監護養育方法の選択の自由の保障）であり、これは、本条の抗弁が削除された場合、親が子供を矯正することに躊躇するのではないか、それは養育義務を果たせなくするのではないかという懸念である。ミルン議員案が掲げる各目的は、虐待しようとする意図ではなく、親として監護養育義務を果たそうとする親に対して合理的な有形力の範囲を示そうとするものといえる。もっとも、法律常任委員会でも指摘されているように、正当化すべき範囲をこの法案の文言で適正にカバーできるのかは、時代の変化の問題も絡み、簡単に答えられるものではない¹¹⁸。

VI おわりに

本稿では、親・教師が児童に対して矯正として合理的な有形力を行使した場合にそれを正当化する抗弁を刑法典に規定しているカナダの議論を考察してきた。カナダでは、児童に対する体罰について、体罰は児童のしつけに有益な役割を演じず、そして、カナダの大人に与えられている権利と同等に子供にも暴行からの保護を保障すべきとする立場と、公正かつ合理的で虐待的でないという前提で、親にはどのようにわが子を懲戒するかを決める自由があるべきであるとする立場に分かれている。この立場の違いを背景に、本条に対するスタンスも異なり、カナダにおける児童への体罰のいかなる形態も終結させようと本条削除を主張する立場と、虐待それ自体は決して正当化されないと認識した上で、一定の状況ではマイナーな身体的矯正は許容し得るものであり、本条の抗弁により提供されていた親の保護を支持し、子育ての手段として行った結果、刑事訴追の危険にさらされるべきではないとして、本条削除に反対する立場に分かれている。両者の相違点は、体罰のマイナーな形態の影響に関する見解の違い、そして、何が適切な子育てを構成するのかという点について特定の見解を推し進めるために刑法典を用いることの妥当性に関する見解の違いであるとの分析がなされており¹¹⁹、これらの点について意見の一致をみることが容易ではないことをカナダの法改正議論は表しているといえよう。

そもそも、国会の議事録を見ると、身体への懲罰（体罰）には反対であると述べるも、そこでいう体罰とは何を指すのか、つまり体罰の厳密な定義が存在するわけではなく、そして、43条の文言である「矯正として」の定義そのものも論者によって異なっており、これが本条の意義を不明瞭にし、ひいては裁判官による「合理的な」有形力の判断をぶれさせる危険を内包しているように思われる。「合理的な」という要件自体は、カナダの学者や弁護士も指摘するように、正当防衛を始め、刑法典でよく用いられる判断基準であり、本条が「合理的な」有形力の範囲で認めると規定している点は決して特異なものとはいえない。ここで難しいのは、児童に対する矯正としての有形力の行使として「合理的」とい

¹¹⁸ ラボウィッチ弁護士は、社会の規範の変化を考慮するために「合理的な」という文言になっていると指摘し、幾分曖昧であるならば法廷は何が合理的かを解釈するよう努めるであろうし、逆に、子供の年齢や発育レベル等、様々な状況が存在し、それらすべてを含むように規定することは無用な努力であると主張している（Fraser and the others, op. cit. note 33, at p.57 (Mr. Lapowich's speech)）。

¹¹⁹ Barnett, op. cit. note 3, at p.6.

る範囲はケースバイケースである上に、親の監護・養育義務の存在とそれに対する各々の見解、国際的潮流、他の抗弁との関係等、本条における「合理性の判断」には様々な問題が関係するという点であろう。さらに、カナディアン・ファウンデーション・ケースの「矯正行為を犯罪化しないと判断する理由は、子供の価値を否定するということにあるのではなく、犯罪化することにより生活を崩壊させ、家族を壊す危険があるという懸念に基づくものである¹²⁰⁾」という判示にあるように、親を起訴した場合の子供に対する影響も本問題を複雑化させる要因といえよう。

最高裁がカナディアン・ファウンデーション・ケースで児童に対する有形力の行使について厳格に解釈することを試み、一定の指針を示したという点は大いに意義があるといえよう。法的安定性のために、判断要素や基準は重要である。問題は、我が国とは異なる「抗弁」という法的性質もあり、なぜそれが合理的な範囲といえるのかという根拠が明らかではないという点である。例えば、同ケースで示された許容上限年齢から一日過ぎた途端又は下限年齢に一日足りないというだけでなぜ親は矯正するための行為を行い得なくなるのか、それをどう親に説明するのかという疑問が呈されていること¹²¹⁾はこの点を物語っているといえよう。

2018年に発表されているカナダの犯罪統計によると、子供・若者が被害者となっている警察認知暴力犯罪の約3割が家族からの暴力の被害者である¹²²⁾。児童虐待の問題は、その性質上、法律だけで解決できるものではなく、カナダの法改正議論において、子供に対する有形力の行使以外の矯正・懲罰方法の教育や情報提供の重要性が認識されている点は大いに注目すべき点といえよう¹²³⁾。

¹²⁰⁾ Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General), op. cit. note 20, at [62].

¹²¹⁾ 法律常任委員会に招聘されたスチュワート (Stuart) 教授の発言 (Fraser and the others, Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, Issue No.20, Third, Fourth and fifth meetings on: Bill S-209, An Act to amend the Criminal Code (protection of children), 39 Parliament Second Session, June 4, June 5, 2008, at p.46) や同国会第三読会でのアンドレイチャック議員の発言 (第39回国会第2セッション第三読会 (前掲註41・1604頁))。

¹²²⁾ Marta Burezycka and Shana Conroy, *Family violence in Canada: A statistical profile*, 2016, Jusistat catalogue no. 85-002-x, 2018, at p.70.

¹²³⁾ カナダ政府は、HPで「スパンキングの何が悪いの? (What's Wrong with Spanking?)」というタイトルでポジティブな子育てについて情報を公開している (<https://www.canada.ca/en/public-health/services/publications/healthy-living/pamphlet-what-s-wrong-with-spanking.html>)。